

Het ontbreken van de openbareorde-exceptie in de nieuwe generatie Europese procesrechtelijke verordeningen in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM

Gepubliceerd in: *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2007-4, p. 331-339. De paginanummers worden in de tekst weergegeven door **[xx]**.

[331]

1. Inleiding

Een beslissing die op basis van de Verordening tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (EET-Verordening)¹ gewaarmerkt is, kan in alle EU-lidstaten² worden geëxecuteerd zonder dat hiervoor verlof van de rechter van de staat van tenuitvoerlegging nodig is. Datzelfde zal gaan gelden voor beslissingen die tot stand komen op grond van de Verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure (EBB-Verordening)³ en de Verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (EPGV-Verordening).⁴ Dit betekent dat de exequaturprocedure en hiermee ook de openbareordetoets, die van oudsher kenmerkend zijn voor het erkennings- en executierecht, komen te vervallen.

De vraag is echter of het ontbreken van de openbareordetoets wel verenigbaar is met artikel 6 lid 1 EVRM. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens (verder: EHRM) zou kunnen worden afgeleid dat een verdragsstaat zelf artikel 6 lid 1 EVRM schendt indien hij een vreemd vonnis erkent en ten uitvoer legt dat in strijd met dit artikel tot stand is gekomen. De EET-Verordening, de EBB-Verordening en de EPGV-Verordening bieden de

* Onderzoeker, Erasmus Universiteit Rotterdam, afdeling Internationaal Privaatrecht en Privaatrechtelijke rechtsvergelijking.

¹ Verordening (EG) Nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 (*PbEG* 2004, L 143/15).

² Met uitzondering van Denemarken, dat overeenkomstig art. 1 van het Protocol betreffende de positie van Denemarken, dat als bijlage bij het Verdrag van Amsterdam is gevoegd, niet deelneemt aan de verordeningen die op basis van art. 65 EG-Verdrag tot stand zijn gekomen.

³ Verordening (EG) Nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 (*PbEG* 2006, L 399/1), van toepassing vanaf 12 december 2008.

lidstaat van tenuitvoerlegging echter geen mogelijkheid om de totstandkoming van het vreemde vonnis te toetsen aan artikel 6 lid 1 EVRM. Er lijkt zich in dat geval een conflict voor te doen tussen enerzijds de verplichtingen uit het EU-recht en anderzijds de verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM.⁵

In dit artikel zal worden besproken wat de gevolgen zijn van het verdwijnen van de openbareorde-exceptie in de nieuwe generatie procesrechtelijke verordeningen in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de EET-Verordening, EBB-Verordening en EPGV-Verordening. Paragraaf 3 bevat een toelichting op het begrip procedurele openbare orde. Daarna wordt in paragraaf 4 het recht op een eerlijk proces van artikel 6 lid 1 EVRM besproken en het belang van dit artikel voor de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen. In paragraaf 5 komt de verhouding aan de orde tussen de verplichtingen die voortvloeien uit het EU-recht en uit het EVRM. Ten slotte wordt in paragraaf 6 een mogelijke oplossing geformuleerd voor het in de vorige alinea gesignaleerde conflict.

2. Erkenning en tenuitvoerlegging onder het Europees procesrecht

2.1 Volledig wederzijds vertrouwen

In het Europees procesrecht is volledig wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten in elkaars gerechtelijke instanties het uitgangspunt.⁶ Dit geldt voor alle verordeningen die op basis van artikel 61 sub c jo. 65 EG-Verdrag⁷ tot stand zijn gekomen, zoals Brussel I,⁸ Brussel IIbis,⁹ de

⁴ Verordening (EG) Nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 (*PbEG* 2007, L 199/1), van toepassing vanaf 1 januari 2009.

⁵ In Duitsland woedt de discussie over het ontbreken van de openbareorde-exceptie en de verenigbaarheid hiervan met de Duitse grondwet en het EVRM al enige jaren. Zie hierover onder meer U. Becker, *Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilverfahrensrecht* (diss. Keulen), Frankfurt am Main: Lang 2004; A. Stadler, 'Das Europäische Zivilprozessrecht – Wie viel Beschleunigung verträgt Europa?', *IPRax* 2004, p. 8 e.v.; A. Stein, 'Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen tritt in Kraft – Aufruf zu einer nüchternen Betrachtung', *IPRax* 2004, p. 186-187.

⁶ Zie bijv. preambule, nr. 16 en 17 Brussel I; preambule, nr. 18 EET-Vo; preambule, nr. 27 EBB-Vo. Het beginsel van wederzijds vertrouwen wordt door het Europese Hof van Justitie genoemd in de zaken HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02, *NIPR* 2004, 36 (*Gasser*), punt 72 en HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02, *NIPR* 2004, 146 (*Turner*), punt 24. Zie over de vraag of dit wederzijds vertrouwen wel altijd gerechtvaardigd is: X.E. Kramer, 'De harmoniserende werking van het Europees procesrecht: de diskwalificatie van de *anti-suit injunction*. Een beschouwing naar aanleiding van HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02, *NIPR* 2004, 146 (*Turner*)', *NIPR* 2005, p. 137 en de aldaar in voetnoot 63 aangehaalde literatuur.

⁷ Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, Rome, 25 maart 1957 zoals gewijzigd door het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, *Trb.* 1998, 11.

⁸ Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L 12).

Europese Insolventieverordening,¹⁰ de EET-Verordening, de EBB-Verordening en de EPGV-Verordening. Het is dan ook niet verwonderlijk dat aan de lidstaten weinig mogelijkheden worden geboden om de erkenning en de executie van een beslissing die afkomstig is uit een andere lidstaat te verhinderen. In tegenstelling tot onder het oude EEX-Verdrag¹¹ is de exequaturprocedure in Brussel I in eerste instantie slechts een formele aangelegenheid. Er kan louter een beroep worden gedaan op de weigeringsgronden van de artikelen 34 en 35 lid 1 – waaronder **[332]** kennelijke strijdigheid met de openbare orde – indien de verweerder een rechtsmiddel instelt tegen de beslissing tot verlof tot tenuitvoerlegging.¹² De EET-, EBB- en EPGV-Verordening gaan nog een stapje verder: een Europese executoriale titel, een Europees betalingsbevel of een beslissing gegeven in de Europese procedure voor geringe vorderingen wordt in de andere lidstaten erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat daar een exequaturprocedure in die aangezochte lidstaat aan vooraf gaat en zonder dat verzet tegen de erkenning mogelijk is.¹³ Deze verordeningen zullen hieronder kort worden besproken.

2.2 EET-Verordening

De EET-Verordening heeft als doel het vrije verkeer van vonnissen binnen de Europese Unie te bevorderen door middel van afschaffing van de exequaturprocedure.¹⁴ In de verordening is een aantal minimumnormen vastgelegd waaraan een gerechtelijke beslissing moet voldoen om als Europese executoriale titel te kunnen worden gewaarmerkt. Deze minimumnormen hebben betrekking op betekening aan en inlichting van de schuldenaar.¹⁵ Artikel 19 lid 1 vermeldt bovendien dat een beslissing slechts kan worden gewaarmerkt als EET indien de schuldenaar volgens het recht van de lidstaat van oorsprong kan verzoeken om een heroverweging in het geval – kort gezegd – de betekening te laat heeft plaatsgevonden of de schuldenaar zijn vordering niet heeft kunnen betwisten wegens overmacht of buitengewone omstandigheden.

⁹ Verordening (EG) Nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) Nr. 1347/2000 (*PbEG* 2003, L 338).

¹⁰ Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (*PbEG* 2000, L 160).

¹¹ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, met Protocol, Brussel 27 september 1968.

¹² Zie art. 41 jo. 45 lid 1 Brussel I.

¹³ Zie art. 5 EET-Vo, art. 19 EBB-Vo en art. 20 lid 1 EPGV-Vo.

¹⁴ Zie over de EET-Vo o.m. M. Zilinsky, *De Europese executoriale titel* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 145-198; M. Freudenthal, 'De Europese Executoriale Titel en de Europese betalingsbevelprocedure: afstemming van Europese rechtsmaatregelen', *NIPR* 2004, p. 393-401; X.E. Kramer, 'De Europese Executoriale Titel: een nieuw instrument ter verwezenlijking van het Europees procesterritoir', *NTBR* 2005, 375-383; Stein 2004, p. 181-191 (zie noot 5).

¹⁵ Zie hoofdstuk III van de EET-Vo.

Is een beslissing als EET gewaarmerkt, dan wordt deze in de andere lidstaten erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat daar een exequaturprocedure in die aangezochte lidstaat aan vooraf gaat en zonder dat verzet tegen de erkenning mogelijk is.¹⁶ De lidstaat van tenuitvoerlegging kan de executie slechts weigeren indien het vonnis onverenigbaar is met een eerdere beslissing.¹⁷ Op de tenuitvoerleggingsprocedure is – onverminderd de bepalingen van hoofdstuk IV van de verordening – het nationale recht van de aangezochte lidstaat van toepassing.¹⁸

Een EET kan dus niet meer worden getoetst in de lidstaat van tenuitvoerlegging, maar de verordening biedt wel de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek aan het gerecht van oorsprong om rectificatie of intrekking. Rectificatie van het bewijs van waarmerking vindt plaats wanneer er sprake is van een materiële fout waardoor de beslissing en het bewijs van waarmerking onderling verschillen. Het intrekken van het bewijs gebeurt wanneer de EET kennelijk ten onrechte is verleend.¹⁹

2.3 *EBB-Verordening en EPGV-Verordening*

In het Groenboek dat voorafging aan de Europese betalingsbevelprocedure en de Europese procedure voor geringe vorderingen²⁰ constateerde de Commissie dat zich in de praktijk problemen bleken voor te doen bij grensoverschrijdende zaken die betrekking hadden op niet-betwiste geldvorderingen of geringe vorderingen. Voor het bedrijfsleven is het van groot belang dat niet-betwiste geldvorderingen snel en eenvoudig geïnd kunnen worden, vooral omdat betalingsachterstanden een gevaar vormen voor de financiële positie van met name kleine en middelgrote ondernemingen.²¹ Wanneer schuldeisers vanwege de lange duur, relatief hoge kosten en moeite gerechtelijke procedures achterwege laten, kan dit bovendien leiden tot opzettelijke wanbetalingen door debiteuren.²² Bij geringe vorderingen is dit probleem nog groter: vanuit economisch oogpunt is het veelal niet rendabel om een procedure te starten omdat de verwachte kosten veelal de verwachte baten overtreffen. Dit betekent dat schuldeisers in veel gevallen geen gerechtelijke stappen ondernemen om hun recht te halen en dit is, mede vanuit het perspectief van consumentbescherming, onwenselijk.²³

¹⁶ Zie art. 5 EET-Vo.

¹⁷ Zie art. 21 lid 1 EET-Vo.

¹⁸ Zie art. 20 lid 1 EET-Vo.

¹⁹ Zie art. 10 lid 1 EET-Vo.

²⁰ Zie COM (2002) 746 def. (Groenboek betreffende een Europese procedure inzake betalingsbevelen en maatregelen ter vereenvoudiging en bespoediging van de procesvoering over geringe vorderingen).

²¹ Zie preambule, nr. 6 EBB-Vo en Groenboek, p. 9-10.

²² Zie Groenboek, p. 9-10.

²³ Zie Groenboek, p. 65-67.

Als antwoord op bovengenoemde problemen zijn in de lidstaten speciale procedures ontwikkeld. Deze nationale procedures vertonen echter grote onderlinge verschillen, zowel wat betreft inhoud als effectiviteit.²⁴ Schuldeisers uit verschillende lidstaten hebben hierdoor ongelijke middelen tot hun beschikking om hun schulden te verhalen, waardoor een verstoring ontstaat van de concurrentie op de interne markt.²⁵ Bovendien zijn de procedures niet altijd geschikt voor internationale zaken, terwijl juist bij grensoverschrijdende transacties de hindernissen om een geding bij de rechter aanhangig te maken nog hoger zijn – onder meer vanwege tekortschietende kennis van buitenlands procesrecht, tijdrovende betekening en vertaalkosten.

Om deze redenen zijn met de EBB-Verordening en de EPGV-Verordening eenvormige procedures ingevoerd.²⁶ Zoals uit de preambules blijkt, strekken de Europese betalingsbevelprocedure en de Europese procedure voor geringe vorderingen ertoe een effectievere, snellere en eenvoudigere rechtstoegang te bewerkstelligen. Ook moeten belemmeringen voor de werking van de interne markt worden opgeheven.²⁷ De verordeningen introduceren uniforme procedures waarin vrijwel²⁸ de gehele rechtsgang wordt geregeld, zoals de inleiding,²⁹ de **[333]** oproeping,³⁰ het verweer³¹ en de bekendmaking aan partijen van de gerechtelijke beslissing.³² Beide verordeningen bieden de mogelijkheid om, in aanvulling op nationale rechtsmiddelen, een heroverweging van de uitspraak te vragen bij de rechter van de lidstaat van oorsprong.³³ Deze heroverweging is gereserveerd voor uitzonderingsgevallen die betrekking hebben op de betekening of op gevallen waarin de verweerder de vordering niet heeft kunnen betwisten vanwege overmacht of buitengewone omstandigheden.³⁴ De EBB-Verordening geeft nog een extra mogelijkheid om de rechter van de lidstaat van oorsprong om

²⁴ Zie preambule, nr. 7 EBB-Vo en preambule, nr. 7 EPGV-Vo.

²⁵ Zie preambule, nr. 8 EBB-Vo en preambule, nr. 7 EPGV-Vo.

²⁶ Zie over de EBB-Vo o.m. Zilinsky 2005, p. 199-223 (zie noot 14); X.E. Kramer, 'Europees procesrecht in aanbouw. Het (gewijzigde) voorstel voor een Europese betalingsbevelprocedure', *NJB* 2006, p. 1565-1569; X.E. Kramer & B. Sujecki, 'De Europese betalingsbevelprocedure. Een kritische beschouwing', *NIPR* 2006, p. 365-374; M. Freudenthal, 'Op weg naar een Europees procesrecht. De Europese betalingsbevelprocedure; een stap vooruit?', *NJB* 2007, p. 157-160. Zie over de EPGV-Vo o.m. X.E. Kramer, 'Europees procesrecht verder in aanbouw. De Europese small claims procedure en hoe gecompliceerd eenvoudig kan zijn', *NJB* 2007, p. 2080-2084; X.E. Kramer, 'Vereenvoudiging van de geschillenbeslechting in consumentenzaken: de Europese small claims procedure en nationale initiatieven', *TvC* 2007, p. 111-121.

²⁷ Zie preambule, nr. 9 EBB-Vo, preambule, nr. 8 EPGV-Vo en Groenboek, p. 11.

²⁸ In beide verordeningen wordt op enkele plaatsen verwezen naar het nationale recht van de lidstaten, zoals art. 10 lid 2, 17 lid 2 en 18 lid 2 en 25 lid 2 EBB-Vo en art. 29 EPGV-Vo.

²⁹ Zie art. 7 EBB-Vo en art. 4 EPGV-Vo.

³⁰ Zie art. 13 e.v. EET-Vo, art. 13 e.v. EBB-Vo, art. 5 lid 2 jo. 13 EPGV-Vo.

³¹ Zie art. 12 lid 3 sub b EBB-Vo en art. 5 lid 3 EPGV-Vo.

³² Zie art. 12 EBB-Vo, art. 7 lid 2 EPGV-Vo.

³³ Zie art. 20 EBB-Vo en art. 18 EPGV-Vo.

³⁴ Zie art. 20 lid 1 EBB-Vo en art. 18 lid 1 EPGV-Vo.

een heroverweging te verzoeken, namelijk wanneer het betalingsbevel kennelijk ten onrechte is toegekend of vanwege andere uitzonderlijke omstandigheden.³⁵

Wanneer een beslissing tot stand is gekomen in de Europese betalingsbevelprocedure of de Europese procedure voor geringe vorderingen, wordt deze in de andere lidstaten erkend zonder dat hiertegen verzet kan worden aangetekend. Voor executie is geen verlof tot tenuitvoerlegging vereist.³⁶

De bepalingen in de verordeningen met betrekking tot de tenuitvoerlegging zijn grotendeels gelijk aan die van de EET-Verordening. Evenals die verordening geven de EBB- en de EPGV-Verordening als enige weigeringsgrond voor de tenuitvoerlegging de onverenigbaarheid van de beslissing met een eerdere beslissing.³⁷ Ook wordt bepaald dat – behoudens de bepalingen uit de verordeningen – op de tenuitvoerleggingsprocedure het recht van de lidstaat van tenuitvoerlegging van toepassing is.³⁸

2.4 *Ontbreken openbareordetoets*

Door het ontbreken van de exequaturprocedure in de EET-, EBB- en EPGV-Verordening is het voor de lidstaat van tenuitvoerlegging niet meer mogelijk de vreemde beslissing voorafgaande aan de executie te toetsen. Dit impliceert dat ook de openbareordetoets komt te vervallen.

De nieuwe generatie procesrechtelijke verordeningen breekt hiermee met het systeem van de Haagse erkennings- en executieverdragen, Brussel I en de Europese Insolventieverordening. In deze regelingen is vrijwel zonder uitzondering³⁹ een artikel opgenomen waarin de klaarblijkelijke of kennelijke strijd met de openbare orde als weigeringsgrond wordt genoemd voor de erkenning en tenuitvoerlegging van het vreemde vonnis.⁴⁰ De rol van de openbare orde is in de Brussel I en Europese Insolventieverordening weliswaar beperkt omdat er alleen aan kan worden getoetst wanneer er een rechtsmiddel is ingesteld tegen de

³⁵ Zie art. 20 lid 2 EBB-Vo.

³⁶ Zie art. 19 EBB-Vo en art. 20 EPGV-Vo.

³⁷ Zie art. 22 EBB-Vo en art. 22 EPGV-Vo.

³⁸ Zie art. 21 lid 1 EBB-Vo en art. 21 lid 1 EPGV-Vo.

³⁹ Indien de openbareorde-exceptie ontbreekt, zoals het geval is bij het Haags Rechtsvorderingsverdrag en er om verlof tot tenuitvoerlegging wordt gevraagd, dan moeten volgens de Hoge Raad de verdragsbepalingen uitzondering lijden ‘indien de veroordelingen zouden blijken te zijn totstandgekomen met evidente veronachtzaming van rechtsbeginselen die in die verdragsstaat als fundamenteel worden beschouwd’, zie HR 10 september 1999, *NIPR* 2000, 38, *NJ* 2001, 41, m.nt. Vlas, r.o. 3.13.

⁴⁰ Zie o.a. art. 5 lid 1 Verdrag inzake de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen over onderhoudsverplichtingen, 's-Gravenhage, 2 oktober 1973, *Trb.* 1974, 85; art. 10 Verdrag inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed, 's-Gravenhage, 1 juni 1970, *Trb.* 1979, 131; art. 9 aanhef en onder e van het Haags Forumkeuzeverdrag (*Convention on Choice of Court Agreements*, 30 juni 2005), dat nog niet in werking is getreden. Zie ook art. 34 lid 1 Brussel I en art. 26 EIV.

exequaturverlening.⁴¹ Dat neemt niet weg dat de schending van de openbare orde in die verordeningen nog steeds als weigeringsgrond kan dienen.

In de komende paragrafen zal worden onderzocht wat de consequenties zijn van het ontbreken van een openbareordetoets in de EET-, EBB- en EPGV-Verordening. Hierbij zal het accent worden gelegd op de procedurele openbare orde. Dit begrip zal nader worden toegelicht in de volgende paragraaf.

3. De procedurele openbare orde

3.1 De openbareorde-exceptie

De openbare orde speelt in het ipr een rol bij het toepasselijk recht en bij de erkenning en tenuitvoerlegging. De rechter mag geen vreemd recht, dat door de conflictregels wordt aangewezen, toepassen wanneer deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het forum. Ook dient de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen achterwege te blijven indien deze zouden leiden tot een klaarblijkelijke schending van de openbare orde. Datzelfde geldt voor de erkenning van rechtsfeiten en -handelingen, zoals een huwelijk en de er- of ontkenning van het vaderschap.

Wat precies onder het begrip ‘openbare orde’ moet worden verstaan is onduidelijk.⁴² De openbare orde is geen statisch gegeven maar aan verandering onderhevig en de invulling ervan kan van land tot land verschillen.⁴³ Een – weliswaar vrij abstracte – uitleg die wel wordt gehanteerd, is dat de openbare orde ziet op de harde kern van de rechtsorde van de aangezochte rechter. Deze kern bestaat uit fundamentele rechtsbeginselen en waarden die aan het positieve recht ten grondslag liggen.⁴⁴ Voorbeelden hiervan zijn het discriminatieverbod,

⁴¹ Zie art. 41 jo. 45 Brussel I en art. 25 EIV jo. 41 Brussel I.

⁴² Zie R.Ch. Verschuur, *Vrij verkeer van vonnissen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 52 en L. Willemarck, ‘De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen’, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2003, p. 98.

⁴³ Verschuur 1995, p. 53 (zie noot 42); Willemarck 2003, p. 122 (zie noot 42). Zie ook HvJ EG 11 mei 2000, C-38/98, *NIPR* 2001, 283, *NJ* 2003, 627, punt 52 (*Renault/Maxicar*).

⁴⁴ Zie onder meer: J.P. Verheul, *Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 1989, p. 44; Verschuur 1995, p. 52 (zie noot 42); L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nrs. 63 en 64; N. Rosner, *Cross-Border Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in Civil and Commercial Matters* (diss. Groningen), Groningen: Ulrik Huber Institute for Private International Law 2004, p. 39 en A.V.M. Struycken, ‘De openbare orde van de Europese Gemeenschap’, in: P.M.M. van der Grinten & T. Heukels (red.), *Crossing Borders. Essays in European and Private International Law, Nationality Law and Islamic Law in Honour of Frans van der Velden*, Deventer: Kluwer 2006, p. 60.

het verbod op corruptie, het verbod op polygamie en de bescherming van nationale belangen.⁴⁵

De maatstaf die wordt gehanteerd om te bepalen of er sprake is van strijd met de openbare orde, kan overigens per geval verschillen. In de literatuur en rechtspraak wordt wel het onderscheid gemaakt tussen het buiten- en het binnengrenscriterium. Het buitengrenscriterium ziet op rechtsregels en vonnissen die dermate onaanvaardbaar zijn voor Nederland, [334] dat zij onder geen beding door de Nederlandse rechter mogen worden toegepast of erkend.⁴⁶ Dit in tegenstelling tot het binnengrenscriterium, waarbij de rechter voor de beantwoording van de vraag of een vreemd voorschrift of vonnis naar Nederlandse maatstaven door de beugel kan, kijkt naar de omstandigheden van het concrete geval. De feitelijke gevolgen van toepassing of erkenning en executie voor de Nederlandse rechtsorde en daarmee de mate waarin het geval met Nederland is verbonden, zijn bij dit criterium bepalend.⁴⁷

3.2 *Materieelrechtelijke en procedurele openbare orde*

Het begrip openbare orde wordt in de verschillende rechtstradities op uiteenlopende wijze uitgelegd. In de Angelsaksische traditie is de openbare orde beperkt tot regels en beginselen die materieelrechtelijke onderwerpen zoals de publieke moraal, veiligheid en welvaart betreffen. ‘*Due process*’ of ‘*natural justice*’ valt hier niet onder. In de continentale rechtstraditie ziet de openbare orde veelal ook op de procedure.⁴⁸

Wat het commune Nederlandse internationaal procesrecht betreft, wordt getwist of de vereisten dat er geen sprake mag zijn van strijd met de openbare orde en dat het vonnis tot stand moet zijn gekomen na een behoorlijke rechtspleging, afzonderlijke voorwaarden zijn, of dat het tweede vereiste een verbijzondering is van de openbare orde. Voor de praktijk is het verschil in opvattingen echter niet van betekenis.⁴⁹

In de verdragen en ook in de Europese regelgeving omvat de openbareorde-exceptie veelal zowel de materieelrechtelijke als de procedurele openbare orde.⁵⁰ De exceptie van de

⁴⁵ Zie HR 17 april 1964, NJ 1965, 22, m.nt. GJS.

⁴⁶ HR 13 maart 1936, NJ 1936, 281 (*Bataafse*) en HR 11 februari 1936, NJ 1938, 787 (*Rotterdam*). Zie Strikwerda 2005, nr. 64 (zie noot 44). Zie ook Rosner 2004, p. 41 (zie noot 44).

⁴⁷ Zie Strikwerda 2005, nr. 64 (zie noot 44). Zie ook Zie P. Lagarde, ‘Chapter 11 Public Policy’, in: *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 3 Private International Law*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1994, p. 22-23.

⁴⁸ F. Mantilla-Serrano, ‘Towards a Transnational Procedural Public Policy’, *Arbitration International* 2004, p. 334.

⁴⁹ Zie Verschuur 1995, p. 54 (zie noot 42) en Strikwerda 2005, nr. 270 (zie noot 44).

⁵⁰ Zie m.b.t. het Europese erkennings- en executierecht: HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, NIPR 2000, 126, NJ 2003, 626, punt 31 (*Krombach/Bamberski*) en HvJ EG 2 mei 2006, C-341/04, NIPR 2006, 127 (*Eurofood*). Zie over het onderscheid tussen de materieelrechtelijke openbare orde en de procedurele openbare orde o.a. J.

materieelrechtelijke openbare orde houdt in dat, indien de inhoud van het vonnis op grove en onaanvaardbare wijze strijdt met het eigen recht, erkenning en tenuitvoerlegging niet plaats mag vinden.⁵¹ De exceptie heeft betrekking op het toegepaste recht, de conclusie en de opgelegde sanctie.⁵² De procedurele openbare orde betreft de procedure volgens welke de uitspraak tot stand is gekomen. In deze procedure mogen geen fundamentele beginselen van procesrecht zijn geschonden.⁵³

Traditioneel werd bij de openbare orde vooral de nadruk gelegd op materieelrechtelijke beginselen. Aan procesrechtelijke beginselen, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, is binnen Europa lange tijd weinig aandacht geschonken. Men ging ervan uit dat het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 lid 1 EVRM voldoende gewaarborgd werd door het feit dat alle EU-landen tevens als verdragspartij aangesloten zijn bij het EVRM.⁵⁴ Inmiddels is het echter vooral de procedurele openbare orde waarop in de praktijk een beroep wordt gedaan. De materieelrechtelijke openbare orde heeft veel terrein verloren: rechters zijn terughoudend om een vreemd vonnis hieraan te toetsen.⁵⁵ Dit uit zich in het verbod op *révision au fond*, dat in diverse verdragen en verordeningen is terug te vinden.⁵⁶ Dit verbod houdt in dat bij de erkenning en tenuitvoerlegging de rechter van de aangezochte staat de juistheid van het vreemde vonnis niet mag onderzoeken. De openbareorde-exceptie kan niet worden gebruikt om alsnog te controleren of de beslissing inhoudelijk correct is. Ook mag onder de vlag van de openbareorde-exceptie geen conflictrechtelijke toets worden uitgevoerd.⁵⁷ Het komt voor dat met een beroep op het verbod op *révision au fond* geweigerd wordt om gebruik te maken van de openbareorde-exceptie, omdat een openbareordetoets een inhoudelijke toetsing van het vonnis zou betekenen.⁵⁸

3.3 De procedurele openbare orde volgens de Hoge Raad

De Hoge Raad liet in 1986 nog in het midden of de schending van beginselen van behoorlijk procesrecht kan leiden tot een weigering wegens strijd met de openbare orde op grond van

Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH 2005, Art. 34 EuGVVO, onder 12 e.v.

⁵¹ Stein 2004, p. 184 (zie noot 5).

⁵² A.A.H. van Hoek, 'Erkenning van vonnissen in het privaatrecht: een studie naar de grenzen van wederzijdse erkenning', *NIPR* 2003, p. 342-343.

⁵³ Zie Rosner 2004, p. 46-47 (zie noot 44).

⁵⁴ H. Muir Watt, 'Evidence of an Emergent European Legal Culture: Public Policy Requirements of Procedural Fairness under the Brussels and Lugano Conventions', *Texas International Law Journal* 2001, p. 548-549.

⁵⁵ Zie o.a. Stein 2004, p. 184-185 (zie noot 5).

⁵⁶ Zie o.m. art. 29 en 34 EEX-Verdrag, art. 36 en 45 Brussel I, art. 26 Brussel IIbis, art. 12 Haags Alimentatie-executieverdrag (zie noot 40).

⁵⁷ Zie Verheul 1989, p. 62-63 (zie noot 44); Strikwerda 2005, nr. 274 (zie noot 44).

artikel 34 lid 1 Brussel I (toen nog: art. 27 lid 1 EEX-Verdrag).⁵⁹ Wel overwoog de Hoge Raad dat indien die vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, erkenning en tenuitvoerlegging enkel kunnen worden geweigerd indien het vonnis ‘zozeer in strijd [is] met die beginselen van behoorlijke rechtspleging die in de Nederlandse rechtsorde als fundamenteel moeten worden beschouwd’.

Uiteindelijk kwam er in 1996 wel een – bevestigend – antwoord op de vraag of procedurele beginselen tot de Nederlandse openbare orde behoren. De Hoge Raad ging zelfs nog een stap verder door te overwegen dat van strijdigheid met de openbare orde in de zin van artikel 34 lid 1 Brussel I (toen: art. 27 lid 1 EEX-Verdrag) ‘slechts sprake kan zijn indien erkenning zou leiden tot strijd met beginselen van behoorlijke rechtspleging die in de Nederlandse rechtsorde als fundamenteel worden beschouwd’.⁶⁰ De openbare orde lijkt door de Hoge Raad in dit arrest op een lijn te worden gesteld met de procedurele openbare orde. Mijn inziens is deze opvatting van het openbareordebegrip te beperkt. Het is niet goed voor te stellen dat een beslissing die is gewezen op gronden die in strijd zijn met fundamentele materieelrechtelijke beginselen, zoals het discriminatieverbod of het verbod op corruptie, zonder bezwaar in Nederland ten uitvoer [335] kunnen worden gelegd.⁶¹ Ondanks deze kanttekening heeft het arrest wél duidelijkheid geschapen over de kwestie of de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht tot de openbare orde behoren. Deze vraag kan nu volmondig met ‘ja’ worden beantwoord.

3.4 De procedurele openbare orde volgens het Hof van Justitie

Dat fundamentele processuele beginselen tot de openbare orde in de zin van artikel 34 lid 1 Brussel I kunnen behoren, is door het Europese Hof van Justitie in het arrest *Krombach/Bamberski*⁶² van 2000 bevestigd. Het Hof had eerder bepaald dat de openbareorde-

⁵⁸ Zie de conclusie van A-G Strikwerda (onder 25) bij HR 10 september 1999, *NIPR* 2000, 38, *NJ* 2001, 41, m.nt. Vlas.

⁵⁹ HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 481, m.nt. Schultsz, r.o. 3.2.

⁶⁰ HR 11 oktober 1996, *NIPR* 1997, 117, *NJ* 1998, 95, m.nt. De Boer, r.o. 3.3.2. Zie ook HR 10 september 1999, *NIPR* 2000, 38, *NJ* 2001, 41, m.nt. Vlas, r.o. 3.13.

⁶¹ Zie de annotatie van De Boer onder HR 11 oktober 1996, *NJ* 1998, 95. Opmerkelijk is bovendien dat de Hoge Raad zijn stelling onderbouwt door te verwijzen naar het eerdergenoemde arrest HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 481, terwijl het in die uitspraak nog onzeker was of fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht tot de openbare orde behoren.

⁶² Zie noot 50. Zie over dit arrest en de rol van de openbare orde in het Europese erkennings- en executierecht o.a. A.A.H. van Hoek, ‘Annotation to Case C-7/98, D. Krombach v. A. Bamberski, Judgement of the Full Court of 28 March 2000 [2000] ECR I-1395’, *CMLR* 2001, p. 1011-1027; Muir Watt 2001, p. 539-554 (zie noot 54); L. Strikwerda, ‘De invloed van het EVRM op het Europese IPR’, in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 252-260; A.F. Lowenfeld, ‘Jurisdiction, Enforcement, Public Policy and Res Judicata: The Krombach Case’, in: T. Einhorn & K. Siehr, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in*

exceptie van artikel 34 lid 1 Brussel I (toen: 27 lid 1 EEX-Verdrag) beperkt moet worden uitgelegd, omdat het de verwezenlijking van de doelstelling om het vrije verkeer van rechterlijke beslissingen te vergemakkelijken, belemmert.⁶³ Het Hof oordeelde in *Krombach/Bamberski* dat slechts een beroep kan worden gedaan op de openbareorde-exceptie van artikel 34 lid 1 Brussel I

‘indien de erkenning of tenuitvoerlegging van de in een andere verdragsluitende staat gegeven beslissing op onaanvaardbare wijze zou botsen met de rechtsorde van de aangezochte staat, doordat inbreuk op een fundamenteel beginsel zou worden gemaakt. Opdat het verbod van onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing in acht wordt genomen, zou de inbreuk moeten bestaan in kennelijke schending van een rechtsregel die in de rechtsorde van de aangezochte staat van essentieel belang wordt geacht, of van een in die rechtsorde als fundamenteel erkend recht.’⁶⁴

Welke regels tot de openbare orde behoren, mogen staten in beginsel zelf bepalen. Het Hof bewaakt echter wel de grenzen waarbinnen de nationale rechter met een beroep op de schending van de openbare orde de erkenning en tenuitvoerlegging van een vonnis van een andere EU-lidstaat kan weigeren.⁶⁵

Om vast te stellen welke rechten en beginselen door de lidstaten als fundamenteel worden erkend, put het Hof inspiratie uit onder meer het EVRM.⁶⁶ Zoals het Hof in *Krombach/Bamberski* aangeeft, valt ook het recht op een eerlijk proces van artikel 6 lid 1 EVRM hieronder. Dit recht is in eerdere rechtspraak van het Hof erkend als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.⁶⁷ Met artikel 6 lid 2 heeft deze jurisprudentie ook een grondslag in het EU-verdrag gekregen.

Memory of Peter E. Nygh, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004, p. 229-248; Struycken 2006, p. 59-70 (zie noot 44).

⁶³ HvJ EG 4 februari 1988, nr. 145/86, *Jur.* 1988, p. 645, punt 21 (*Hoffmann*); HvJ EG 2 juni 1994, C-414/92, *NIPR* 1995, 246, *NJ* 1995, 637, punt 20 (*Solo Kleinmotoren*); HvJ EG 10 oktober 1996, C-78/95, *NIPR* 1997, 113, *NJ* 1999, 792, punt 23 (*Hendrikman en Feyen*); *Krombach/Bamberski*-arrest, punt 19 en 21 (zie noot 50).

⁶⁴ *Krombach/Bamberski*-arrest, punt 37 (zie noot 50).

⁶⁵ *Idem*, punt 22 en 23.

⁶⁶ *Idem*, punt 25.

⁶⁷ *Idem*, punt 25 en 26. Het Hof noemt met betrekking tot het recht op een eerlijk proces de arresten van 17 december 1998, C-185/95 P, *Jurispr.* p. I-8417, punten 20 en 21 (*Baustahlgewebe/Commissie*) en 11 januari 2000, C-174/98 P en C-189/98 P, *NJ* 2000, 301, punt 17 (*Nederland en Van der Wal/Commissie*).

4. Verplichtingen die voortvloeien uit artikel 6 lid 1 EVRM

4.1 De vereisten voor een fair trial

Gezien de jurisprudentie van het Hof van Justitie nemen artikel 6 lid 1 EVRM en de hierop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM dus een voorname plaats in bij het onderzoeken of er sprake is van ‘een kennelijke schending van een fundamenteel recht’. Voor het bepalen van de inhoud van de procedurele openbare orde is het daarom van belang welke eisen artikel 6 lid 1 EVRM en het EHRM stellen aan de procedure voordat deze het predikaat ‘eerlijk’ verdient.

Een eerste eis is dat de *effectieve toegang tot de rechter* moet worden gegarandeerd. Hoewel het recht op toegang tot de rechter niet expliciet wordt genoemd in artikel 6 lid 1 EVRM, heeft het EHRM in de zaak *Golder* geconcludeerd dat dit recht – mede gezien het object en doel van het verdrag – wel impliciet wordt gewaarborgd in deze bepaling.⁶⁸ Het recht op toegang heeft echter geen absoluut karakter. Staten hebben een zekere beoordelingsvrijheid, en ook bestaat er volgens het EHRM een inherente beperkingsmogelijkheid.⁶⁹ Deze beperkingen moeten wel proportioneel zijn, mogen niet zo ver gaan dat het recht in zijn kern wordt aangetast en er moet een rechtvaardigingsgrond bestaan.⁷⁰

Het recht op een eerlijk proces omvat ook het *recht op een eerlijke behandeling* van de zaak. Dit betekent dat een partij een redelijke mogelijkheid moet hebben gehad om zijn standpunten te verdedigen onder zodanige omstandigheden dat zij niet substantieel wordt benadeeld ten opzichte van de wederpartij.⁷¹ Een belangrijk uitgangspunt is het beginsel van hoor en wederhoor. Dit impliceert dat er sprake moet zijn geweest van een behoorlijke oproeping⁷² en dat partijen de gelegenheid moeten hebben gehad om kennis te nemen van de feiten en de in het geding gebrachte stukken en de mogelijkheid om zich hierover uit te spreken.⁷³ Dit laatste

⁶⁸ EHRM 21 februari 1975, *Golder v. Verenigd Koninkrijk*, Serie A-18, par. 34 en 35.

⁶⁹ *Golder*-arrest, punt 38 (zie noot 68). Zie ook EHRM 28 mei 1985, *Ashingdane v. Verenigd Koninkrijk*, Serie A-93, par. 57; EHRM 15 juli 2003, *Ernst e.a. v. België*, appl. no. 33400/96, par. 48. Zie over deze *implied limitations* o.a. P. Smits, *Artikel 6 lid 1 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Rotterdam: EUR 1996, p. 59-79; A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 14-16; P. van Dijk, ‘De toegang tot de rechter – een Straatsburgse springprocessie’, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 956-957.

⁷⁰ Zie o.a. *Golder*-arrest, par. 36 (zie noot 68); *Ashingdane*-arrest, par. 57 (zie noot 69); EHRM 27 augustus 1991, *Philis v. Griekenland*, Serie A-209, par. 59.

⁷¹ EHRM 30 oktober 1991, *Borgers v. België*, Serie A 214-B, par. 24. Zie ook Smits 1996, p. 89 (zie noot 69).

⁷² Smits 1996, p. 91 (zie noot 69). De onregelmatige en ontijdige oproeping is in het EEX-Verdrag en in de EEX-Verordening als aparte weigeringsgrond opgenomen voor erkenning en tenuitvoerlegging, zie resp. art. 27 lid 2 en art. 34 lid 2. Zie over art. 27 lid 2 EEX-Verdrag: Knigge 1998, p. 349-358 (zie noot 69).

⁷³ EHRM 23 juni 1993, *Ruiz-Matteos v. Spanje*, Serie A-262, par. 63; EHRM 18 februari 1997, *Nideröst/Huber v. Zwitserland*, Reports 1997, p. 590, par. 22.

wordt het recht op **[336]** een procedure op tegenspraak genoemd.⁷⁴ Hoor en wederhoor betekent niet automatisch dat het proces (deels) mondeling moet worden gevoerd. Ook een geheel schriftelijke procedure kan in overeenstemming met dit beginsel zijn.⁷⁵

Een andere eis die door artikel 6 lid 1 EVRM wordt gesteld, is dat de berechting *binnen een redelijke termijn* moet plaatsvinden. Dit is een rekkelijk beginsel: het EHRM stelt geen absolute tijdslimieten. De rechtspraak is op dit punt sterk casuïstisch, steeds zal aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang dat wordt gehecht aan een spoedige behandeling van de zaak en het belang van een zorgvuldig onderzoek.⁷⁶

Artikel 6 lid 1 EVRM noemt ook het vereiste van *onpartijdige en onafhankelijke* rechtspraak. Bij de eis van onafhankelijkheid gaat het erom dat de rechter onafhankelijk is ten opzichte van de uitvoerende en wetgevende macht, maar ook ten opzichte van de publieke opinie, andere rechters en de partijen.⁷⁷ De onpartijdigheideis betreft de relatie tussen de rechter en de partijen in het concrete geval. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de subjectieve partijdigheid (rechter mag niet vooringenomen zijn) en de objectieve partijdigheid (rechter mag niet de schijn van partijdigheid wekken).⁷⁸

Ten slotte waarborgt artikel 6 lid 1 EVRM ook het recht op een *openbare behandeling* van de zaak en bepaalt dat de uitspraak openbaar moet worden gemaakt.⁷⁹ Het beginsel van de openbare behandeling kent een aantal uitzonderingen. Deze staan deels in artikel 6 lid 1 EVRM en zijn verder ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM. Het verdrag noemt onder meer de nationale veiligheid in een democratische samenleving, de belangen van minderjarigen en de bescherming van het privé-leven van procespartijen. Er kan, zowel uitdrukkelijk als impliciet, vrijwillig afstand worden gedaan van het recht op een openbare

⁷⁴ Zie Smits 1996, p. 99-100 (zie noot 69); M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 166.

⁷⁵ Zie Heemskerk in zijn noot onder HR 26 februari 1988, *NJ* 1989, 2 en Smits 1996, p. 98 (zie noot 69).

⁷⁶ Zie voor de criteria die het EHRM hanteert o.m. EHRM 7 juli 1989, *Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spanje*, Serie A-157, par. 31 e.v.; EHRM 24 oktober 1989, *H. v. Frankrijk*, Serie A-162, par. 50 e.v. Zie ook Smits 1996, p. 206-211 (zie noot 69); I. van der Helm & E.M. Wesseling-van Gent, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 127-130; A.M.L. Jansen, 'Voortvarend rechtspreken, een must. Kroniek van het vereiste van de redelijke termijn (artikel 6 lid 1 EVRM)', *NJCM-Bulletin* 1998, p. 819-821.

⁷⁷ Zie hierover Smits 1996, p. 255 e.v. (zie noot 69); Kuijer 2004, p. 207-208 (zie noot 74).

⁷⁸ Zie Smits 1996, p. 282 e.v. (zie noot 69).

⁷⁹ Zie o.a. EHRM 22 februari 1984, *Sutter v. Zwitserland*, Serie A-74, par. 26; EHRM 24 april 2001, *B. en P. v. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 36337/97 en 35974/97, par. 36 en EHRM 24 maart 2005, *Osinger v. Oostenrijk*, appl. no. 54645/00, par. 44. Zie ook Smits 1996, p. 147 e.v. (zie noot 69).

behandeling.⁸⁰ Het EHRM heeft bepaald dat er géén exceptie bestaat op de ‘*principle of publication*’.⁸¹

Onder het regime van het Europese erkennings- en executierecht heeft de schending van fundamentele processuele rechtsbeginselen, zoals gewaarborgd in artikel 6 lid 1 EVRM, enige malen tot weigering van de tenuitvoerlegging van een vreemd vonnis geleid. In de Engelse uitspraak *Maronier v. Larmer*⁸² werd de executie van een Nederlands vonnis geweigerd vanwege (onder meer) de schending van het recht op toegang tot de rechter omdat de in het ongelijk gestelde partij er niet van op de hoogte was dat het vonnis was gewezen en de termijn om een rechtsmiddel in te stellen was verlopen. Ook de schending van het recht op een eerlijke behandeling heeft geleid tot de weigering van erkenning en tenuitvoerlegging. Door het Hof van Justitie zijn het recht om zich te doen verdedigen en het beginsel van hoor en wederhoor uitdrukkelijk genoemd. Worden deze regels (kennelijk) geschonden, dan is een beroep op de openbareordeclausule toelaatbaar.⁸³

In de zaak *SA Marie Brizzard et Roger International v. William Grant & Sons Ltd (No 2)* werd een beroep gedaan op de schending van het vereiste van onpartijdigheid door de Franse rechter die in eerste instantie over de zaak had geoordeeld. De Schotse rechter besliste echter dat het recht op een eerlijk proces niet was geschonden omdat de schijn van partijdigheid van de rechter in eerste instantie was ‘gerepareerd’ in hoger beroep. Het beroep op schending van de openbare orde als weigeringsgrond voor het verlot tot tenuitvoerlegging van het vonnis faalde daarom.⁸⁴

4.2 *Pellegrini v. Italië*

Het Hof van Justitie besliste in *Krombach/Bamberski* dat indien de voorwaarden voor een eerlijk proces in de staat van oorsprong niet zijn nageleefd, de aangezochte lidstaat het vreemde vonnis op basis van de openbareorde-exceptie van artikel 34 lid 1 Brussel I mag

⁸⁰ Zie onder meer EHRM 21 februari 1990, *Håkansson en Sturesson v. Zweden*, Serie A-171A, par. 66; EHRM 24 juni 1993, *Schuler-Zraggen v. Zwitserland*, Serie A-263, par. 58.

⁸¹ EHRM 29 april 1984, *Campbell en Fell v. Verenigd Koninkrijk*, Serie A-80, par. 90. Zie ook Smits 1996, p. 178-179 (zie noot 69).

⁸² [2002] EWCA Civ. 774. Zie over deze uitspraak X.E. Kramer, ‘Europees procesrecht en fundamentele procedurele vereisten: de rol van artikel 6 EVRM ter invulling van de openbare orde toets onder het EEX’, *NIPR* 2004, p. 9-16.

⁸³ *Krombach/Bamberski*-arrest, punt 44 (zie noot 50); *Eurofood*-arrest, punt 67 (zie noot 50).

⁸⁴ Zie *SA Marie Brizzard et Roger International v. William Grant & Sons Ltd (No 2)* [2002] SLT 1365, Outer House of the Court of Session.

weigeren.⁸⁵ Op grond van de jurisprudentie van het EHRM valt echter de stelling te verdedigen dat een lidstaat in dat geval erkenning en tenuitvoerlegging *moet* weigeren.⁸⁶ Aanleiding voor deze stelling vormt het arrest *Pellegrini v. Italië*,⁸⁷ dat in 2001 door het EHRM werd gewezen. Deze zaak had betrekking op een vonnis dat afkomstig was uit Vaticaanstad en waarvoor in Italië verlof tot tenuitvoerlegging werd verleend. De partij tegen wie de tenuitvoerlegging was verzocht, betoogde voor de Italiaanse rechter dat in de Vaticaanse procedure het beginsel van hoor en wederhoor was geschonden. Dit was voor de Italiaanse rechter echter geen reden om het exequatur te weigeren. De zaak kwam uiteindelijk voor het EHRM. Dat oordeelde dat het zijn taak niet is om te onderzoeken of de Vaticaanse rechter in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM heeft gehandeld – Vaticaanstad is immers geen partij bij het EVRM – maar wél of de Italiaanse rechter, voordat hij het verlof verleende, zich er voldoende van had vergewist dat in de relevante procedure de rechten die artikel 6 lid 1 EVRM biedt, zijn nagekomen.⁸⁸ Omdat de Italiaanse rechter dit onvoldoende had onderzocht, concludeerde het EHRM dat Italië zich schuldig had gemaakt aan schending van artikel 6 lid 1 EVRM.⁸⁹

[337] De *Pellegrini*-zaak betrof een beslissing die afkomstig was van een staat die het EVRM niet heeft geratificeerd en waarvoor in een verdragsstaat om verlof tot tenuitvoerlegging was verzocht. Het EHRM overwoog dat *in dat geval* door de verdragsstaat moet worden onderzocht of de procedure voldoet aan de eisen van artikel 6 lid 1 EVRM. Of het EHRM verdragsstaten ook verplicht de totstandkoming van beslissingen te toetsen die afkomstig zijn uit een EVRM-verdragsstaat, is onduidelijk.⁹⁰ In de literatuur lopen de meningen op dit punt uiteen.⁹¹ Naar mijn mening is goed verdedigbaar dat de regel uit *Pellegrini* ook van

⁸⁵ Zie *Krombach/Bamsberski*-arrest, punt 40 en 45 (zie noot 50).

⁸⁶ Ook volgens Strikwerda is er sprake van een verplichting, op basis van art. 6 lid 2 EU-Verdrag. Zie Strikwerda 2004, voetnoot 20 op p. 259 (zie noot 62).

⁸⁷ EHRM 20 juli 2001, *Pellegrini v. Italië*, appl. no. 30882/96. Zie ook EHRM 26 juni 1992, *Drozdz en Janousek v. Frankrijk en Spanje*, appl. no. 12747/87.

⁸⁸ *Pellegrini*-arrest, par. 40 (zie noot 87).

⁸⁹ Idem, par. 47-48.

⁹⁰ J.J. Fawcett, 'The Impact of Article 6 (1) of the ECHR on Private International Law', *International Comparative Law Quarterly* 2007, p. 5.

⁹¹ Zie bijv. Fawcett 2007, p. 5 (zie noot 90), die van oordeel is dat het op zijn minst verdedigbaar is dat de *Pellegrini*-uitspraak ook van toepassing is op beslissingen uit EVRM-staten. Ook Van Hoek en Luchtman zijn deze mening toegedaan, zie A.A.H. van Hoek & M.J.J.P. Luchtman, 'The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters', in: A.A.H. van Hoek e.a. (red.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 40 (zie voor een verkorte versie van deze bijdrage: A.A.H. van Hoek & M.J.J.P. Luchtman, 'Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights', *Utrecht Law Review* 2005-2, te vinden op <www.utrechtlawreview.org/archive.html>). Zilinsky en Stein nemen echter het standpunt in dat dit niet het geval is, zie M. Zilinsky, 'Abolishing Exequatur in the European Union: The European Enforcement Order', *NILR* 2006, p. 487 en Stein 2004, p. 187 (zie noot 5). Volgens Kinsch is het onderzoek waartoe *Pellegrini* verplicht als het gaat om een beslissing uit een niet-verdragsstaat, optioneel bij vonnissen uit verdragsstaten. Dit zou via een a-contrariorendering uit de *Pellegrini*-uitspraak van het EHRM kunnen worden afgeleid, zie P. Kinsch, 'The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of

toepassing is op vonnissen uit verdragsstaten. Onderzoeken of een beslissing tot stand is gekomen in een eerlijke procedure is niet bij voorbaat overbodig wanneer deze staat partij is bij het EVRM. De uitgebreide jurisprudentie van het EHRM toont wel aan dat het feit dat een vonnis is gewezen in een verdragsstaat niet de absolute garantie biedt dat het proces aan de vereisten van artikel 6 lid 1 EVRM voldeed.⁹² Bovendien oordeelde het EHRM in het arrest *T.I. v. Verenigd Koninkrijk*⁹³ dat een staat niet wordt bevrijd van de verplichtingen die voor hem uit het EVRM voortvloeien, wanneer een andere staat die bij de zaak is betrokken, ook partij is bij dit verdrag.⁹⁴ In deze zaak ging het om artikel 3 EVRM, het folterverbod. Een Sri Lankaan was door het Verenigd Koninkrijk uitgezet naar Duitsland, waar hem in een eerder stadium al asiel was geweigerd en waar was besloten om hem terug te sturen naar Sri Lanka. Het EHRM oordeelde dat het Verenigd Koninkrijk zich ervan had moeten verzekeren dat de uitzetting naar Duitsland niet zou leiden tot een behandeling die in strijd is met artikel 3 EVRM in een derde staat.

Wanneer *Pellegrini* ook van toepassing wordt geacht op beslissingen uit verdragsstaten, impliceert dit dat bij een schending van artikel 6 lid 1 EVRM onder omstandigheden twee verdragsstaten aansprakelijk kunnen worden gesteld. Vanzelfsprekend is de verdragsstaat aansprakelijk waar het vonnis in strijd met het recht op een eerlijk proces tot stand is gekomen, maar ook de verdragsstaat die het vonnis erkent en ten uitvoer legt, kan hiervoor aansprakelijk worden gehouden.

5. Het ontbreken van een openbareorde-exceptie in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM

5.1 Voordelen van ontbreken openbareorde-exceptie

De procedurele (minimum)normen met betrekking tot de oproeping, de mogelijkheid verweer te voeren, de openbaarmaking van de beslissing en de herzieningsmogelijkheid, die in de EET-, EBB- en EPGV-Verordening zijn opgenomen,⁹⁵ moeten het wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten in elkaars rechtspraak versterken.⁹⁶ In dat licht moet ook het afschaffen van de openbareorde-exceptie worden gezien. De gedachte is dat de erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis niet meer op grond van de procedurele openbare orde

Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions', in: Einhorn & Siehr 2004, p. 228 (zie noot 62).

⁹² Zie Van Hoek & Luchtman 2006, p. 40 (zie noot 91).

⁹³ EHRM 7 maart 2000, appl. no. 43844/98.

⁹⁴ Zie ook Van Hoek & Luchtman 2006, p. 45 (zie noot 91).

⁹⁵ Zie par. 2.2 en 2.3.

kunnen worden geweigerd wanneer door alle rechters in Europa dezelfde procedure – of zoals bij de EET-Verordening, dezelfde reeks minimumnormen – wordt gehanteerd, mits deze voldoet aan de vereisten van artikel 6 lid 1 EVRM.⁹⁷ Aan het ontbreken van de openbareorde-exceptie zijn vanuit het perspectief van artikel 6 lid 1 EVRM bovendien ook voordelen verbonden: het proces – waarvan volgens het EHRM de executie deel uitmaakt⁹⁸ – gaat sneller en het bevordert rechtszekerheid.⁹⁹

5.2 *Conflicterende verplichtingen*

Toch blijft er één kwestie onbeantwoord. Hoe kan een lidstaat voldoen aan de verplichting om geen vonnissen te erkennen en te executeren die in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM tot stand zijn gekomen, wanneer die lidstaat (vrijwel) geen mogelijkheden heeft om erkenning en tenuitvoerlegging van het vonnis te voorkomen, zoals bij de EET-, EBB- en EPGV-Verordening het geval is? Immers, het feit dat een procedure formeel aan alle vereisten voor een eerlijk proces voldoet, betekent niet automatisch dat deze eisen in het concrete proces ook allemaal zijn nageleefd. De rechter kan bijvoorbeeld fouten maken bij het horen van partijen, er kunnen zich problemen voordoen met betrekking tot de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van die rechter, etc. De verweerder kan dan hoger beroep instellen, hij kan daarna nog naar het EHRM en heeft op grond van de verordeningen voor bepaalde uitzonderingsgevallen de mogelijkheid om een heroverweging van de uitspraak te vragen in de lidstaat waar het vonnis is gewezen.¹⁰⁰

Maar wat moet er gebeuren als hoger beroep en/of heroverweging niet het gewenste effect sorteren? Stel dat de eiser het vonnis, dat in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM tot stand is gekomen, ten uitvoer wil leggen in een andere lidstaat. Voor de lidstaat van tenuitvoerlegging ontstaat een hachelijke situatie. Enerzijds mag hij op basis van communautair recht de executie van het vonnis op zijn grondgebied *niet verhinderen*, anderzijds mag hij volgens het EVRM de tenuitvoerlegging *niet toestaan*. Voor de lidstaat is van belang welke verplichting voorrang heeft of, anders gezegd, wat de hiërarchie is tussen het EU-recht en het EVRM.

⁹⁶ Zie ook M. Freudenthal, 'Openbare orde of algemene processuele beginselen?', *TCR* 2007, p. 76-77.

⁹⁷ Zie ook Stein 2004, p. 187 (zie noot 5).

⁹⁸ Zie o.m. EHRM 19 maart 1997, *Hornsby v. Griekenland*, Reports 1997 II, vol. 33, par. 40; EHRM 28 juli 1999, *Immobiliare Saffi v. Italië*, appl. no. 22774/93, par. 63 en 66.

⁹⁹ Zie ook Kropholler 2005, Art. 5 EuVTVO, onder 4a) (zie noot 50).

¹⁰⁰ Zie art. 19 EET-Vo, art. 20 EBB-Vo en art. 20 EPGV-Vo.

5.3 Verhouding tussen EU-recht en EVRM

In artikel 6 lid 2 van het EU-Verdrag staat dat de Europese Unie de grondrechten eerbiedigt zoals deze worden gewaarborgd door het EVRM.¹⁰¹ In theorie zou dus geen botsing kunnen ontstaan tussen het EVRM en Europese regelgeving, omdat ook de normen uit het EVRM door de Unie moeten worden gehandhaafd en regelgeving die in strijd is met het EVRM dus ook een schending betekent van het recht van de Europese Unie.¹⁰² Dat de verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien onverkort gelden voor de EU-lidstaten blijkt ook uit artikel 307 EG-Verdrag, dat bepaalt dat de verplichtingen die voortvloeien uit eerder gesloten verdragen niet door het EG-Verdrag worden aangetast.¹⁰³ Gezien de datum waarop het EVRM stamt (1950) en de ruime interpretatie die het Hof aan artikel 307 geeft,¹⁰⁴ moet worden aangenomen dat het EVRM onder het bereik van het artikel valt.¹⁰⁵ Het Hof van Justitie heeft zich diverse keren bereid getoond om communautaire én op gemeenschapsrecht gebaseerde nationale regelgeving te toetsen aan fundamentele mensenrechten en het EVRM.¹⁰⁶ De conclusie luidt dan ook dat het EVRM voorrang heeft op het communautaire recht.¹⁰⁷ Voor de lidstaten betekent dit – indien *Pellegrini* extensief moet worden uitgelegd – dat de verplichting om Europese executoriale titels, Europese betalingsbevelen en beslissingen die tot stand zijn gekomen in de Europese procedure voor geringe vorderingen te erkennen en ten uitvoer te leggen, niet in alle gevallen kan worden nagekomen.

¹⁰¹ In het Ontwerp-verdrag tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, d.d. 5 oktober 2007, CIG 1/1/07 REV 1, staat in art. 6 niet langer dat de Unie de grondrechten eerbiedigt, maar dat de grondrechten uit het EVRM als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

¹⁰² I. Verougstraete, 'De verhouding tussen het EVRM en de EU', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 23.

¹⁰³ Deze conflictregel is ook te vinden in het Weens Verdragenverdrag, zie art. 30 lid 4 (b) WVV.

¹⁰⁴ In HvJ EG 14 oktober 1980, 812-79 (*Burgoa*), punt 6, overweegt het Hof over het toenmalige art. 234 EG-Verdrag: 'Article 234 is of general scope and it applies to any international agreement, irrespective of subject-matter, which is capable of affecting the application of the treaty.'

¹⁰⁵ R.A. Lawson, 'Tussen Scylla en Charybdis: de nationale rechter en conflicten tussen EG-recht en EVRM', *Trema* 1996, p. 281.

¹⁰⁶ Het Hof heeft zich diverse keren bereid getoond om communautaire én op gemeenschapsrecht gebaseerde nationale regelgeving te toetsen aan fundamentele mensenrechten en het EVRM. Zie o.m. HvJ EG 12 november 1969, 29/69, *Jur.* 1969, p. 425 (*Stauder*), HvJ EG 15 mei 1986, 222/84, *Jur.* 1986, p. 1682 (*Johnston*). HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2963 (*LRT*) en HvJ EG 26 juni 2007, C-305/05.

¹⁰⁷ Of aan het EVRM daadwerkelijk voorrang wordt verleend, zal echter voor een groot deel afhangen van de interpretatie van dit verdrag door het Hof van Justitie. Indien aan het Hof de vraag wordt gesteld of EU-regelgeving strijdig is met art. 6 lid 1 EVRM, dan zal het Hof niet alleen de communautaire regeling moeten uitleggen, maar ook het EVRM.

6. Oplossing voor het probleem?

Er kunnen diverse tegenargumenten worden geformuleerd met betrekking tot de stelling dat lidstaten geen vonnissen mogen erkennen en ten uitvoer leggen die in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM tot stand zijn gekomen. In de eerste plaats kan men zich afvragen waarom er in het geval van de executie van een vonnis in een andere lidstaat een extra mogelijkheid moet bestaan om de totstandkoming van het vonnis te toetsen. Die mogelijkheid is er immers ook niet wanneer het vonnis in de lidstaat van oorsprong ten uitvoer wordt gelegd. Ten tweede is de extra controlemogelijkheid in de verordeningen niet helemaal afgeschaft, maar deels verplaatst naar de lidstaat van oorsprong. De verweerder kan immers in bepaalde gevallen om een heroverweging van de beslissing verzoeken.¹⁰⁸ In de derde plaats lijkt het toelaten van een extra weigeringsgrond voor de tenuitvoerlegging *contra legem* en in strijd met het doel van de EET-, EBB- en EPGV-Verordening.¹⁰⁹

Mijns inziens moeten deze argumenten echter wijken voor het argument dat de lidstaten, gezien de rechtspraak van het EHRM¹¹⁰ én de hiërarchische verhouding tussen het EVRM en het EU-recht,¹¹¹ geen keuze wordt gelaten. Zij mogen simpelweg geen vonnissen erkennen en executeren wanneer er tijdens de procedure in de staat van oorsprong een (kennelijke) schending van artikel 6 lid 1 EVRM heeft plaatsgevonden. Op grond hiervan zou het Hof van Justitie een impliciete weigeringsgrond moeten accepteren voor de gevallen waarin erkenning en tenuitvoerlegging van een vreemd vonnis onder de EET-, EBB- en EPGV-Verordening zou leiden tot een schending van het EVRM door de aangezochte staat.¹¹²

In Nederland zou wellicht in een executiegeschil (zie art. 438 Rv) de schending van artikel 6 lid 1 EVRM kunnen worden ingeroepen om de tenuitvoerlegging van het vonnis te verhinderen.¹¹³ Deze optie verdient naar mijn mening nader onderzoek. Dat van de verweerder een actieve houding wordt gevraagd doordat hij zelf een beroep moet doen op artikel 6 lid 1 EVRM, is mijns inziens geen onoverkomelijk probleem. Per slot van rekening moet de verweerder onder Brussel I ook zelf een rechtsmiddel instellen voordat de rechter kan

¹⁰⁸ Zie par. 2.2 en 2.3.

¹⁰⁹ Zie ook Zilinsky 2005, p. 189 (zie noot 14).

¹¹⁰ Zie par. 4.2.

¹¹¹ Zie par. 5.3.

¹¹² Zie ook Van Hoek & Luchtman 2006, p. 61 (zie noot 91).

¹¹³ In de wet staan geen gronden genoemd waarop in het executiegeschil een beroep kan worden gedaan ter afwering van de executie van een beslissing. Gronden die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld, zijn: het stuk waarop de executant zich beroept is geen executoriale titel, de titel is onduidelijk, de titel geeft geen recht op executie, opportuniteit van de executie, misbruik van de executiebevoegdheid en het geval dat de executoriale titel door een latere gebeurtenis zijn geldigheid heeft verloren. Zie H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 317.

toetsen of de erkenning en tenuitvoerlegging in strijd is met de openbare orde.¹¹⁴ Het is dan aannemelijk dat de voorwaarde wordt gesteld dat de verweerder de nationale rechtsmiddelen en de mogelijkheid tot heroverweging in de staat van oorsprong moet hebben uitgeput, mits dit redelijkerwijs van hem gevegd kon worden.¹¹⁵ Op deze wijze kan [\[339\]](#) artikel 6 lid 1 EVRM ook in de nieuwe procesrechtelijke verordeningen worden gegarandeerd, zonder dat dit naar mijn mening een onaanvaardbare doorkruising betekent van de doelstelling om het vrije verkeer van vonnissen binnen de Europese Unie te bevorderen.

¹¹⁴ Zie art. 41 en art. 45 lid 1 jo. 34 lid 1 Brussel I.

¹¹⁵ Deze eis wordt ook gesteld in art. 34 lid 2 Brussel I, dat een weigeringsgrond bevat die betrekking heeft op ontijdige en onregelmatige oproeping. Of het volgens het EVRM of art. 34 lid 1 Brussel I noodzakelijk is dat de rechtsmiddelen in de herkomststaat uitgeput moeten zijn voordat in de staat van tenuitvoerlegging een beroep kan worden gedaan op art. 6 lid 1 EVRM, is tot op heden onduidelijk. In zowel het *Pellegrini*-arrest (zie noot 87) als in het *Krombach/Bamberski*-arrest (zie noot 50) waren de nationale rechtsmiddelen in de staat van oorsprong uitgeput. Zie ook Van Hoek & Luchtman 2006, p. 42-43 (zie noot 91). De Hoge Raad heeft zich in 2002 wel uitgelaten over deze kwestie, in een zaak waarop het Nederlands-Oostenrijks executieverdrag van toepassing was. De Hoge Raad bepaalde dat erkenning en tenuitvoerlegging niet worden geweigerd indien een beroep is gedaan op schending van fundamentele procesbeginselen en er in de staat van herkomst geen rechtsmiddel is aangewend, terwijl de verweerder wel in staat is geweest een rechtsmiddel aan te wenden en door het instellen van een rechtsmiddel de tekortkoming had kunnen worden hersteld. Zie HR 5 april 2002, *NIPR* 2002, 81, *NJ* 2004, 170, m.nt. Vlas, r.o. 3.7.